

Publicato il 25/01/2022

N. 00506/2022REG.PROV.COLL.
N. 01534/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1534 del 2021, proposto da Agenzia per lo sviluppo del Sistema Territoriale della Valle del Sarno S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

C.M.E. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Bifulco, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Salerno, sez. I, n. 1678/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di C.M.E. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando pubblicato in data 4 ottobre 2019, l'Agenzia per lo sviluppo del Sistema Territoriale Valle del Sarno S.p.a. indiceva una procedura evidenziale per l'affidamento dei "*lavori di miglioramento ed integrazione delle opere di urbanizzazione primaria dell'area P.I.P.*", nel Comune di Sarno.

In conformità all'art. 89 del d. lgs. n. 50/2016, il disciplinare di gara prevedeva: *a)* che l'operatore economico, concorrente in forma singola o associata, potesse soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, co. 1, lett. *b)* e *c)* del d. lgs. n. 50/2016 cit. avvalendosi dei requisiti di altri soggetti (punto 9.1); *b)* che, a pena di esclusione, non fosse consentito l'avvalimento plurimo, né la partecipazione alla gara da parte dell'ausiliaria, in proprio; *c)* che, in caso di dichiarazioni mendaci, si sarebbe proceduto alla automatica esclusione del concorrente ed alla pedissequa escussione della garanzia.

2.- Alla gara partecipava anche l'odierna appellata C.M.E. s.r.l., la quale dichiarava di avvalersi dei requisiti di capacità tecnica ed economica del Consorzio Stabile Geco s.r.l., che, a sua volta, dichiarava che non avrebbe partecipato in proprio.

All'esito delle verifiche di rito, la Commissione di gara, con verbale n. 9 del 28 novembre 2019: *a)* rilevava che l'ausiliaria, diversamente da quanto dichiarato, aveva preso parte alla gara anche in proprio, in violazione del disciplinare (punto 15.6 lett. d); *b)* accertava, con ciò, la violazione dell'art. 89 d. lgs. n. 50/2016, nonché del disciplinare di gara (punti 9.6 e 9.8); *c)* sollecitava, per l'effetto, l'esclusione di entrambi i concorrenti.

3.- Con provvedimento prot. n. 1652 del 3 dicembre 2019, rimasto inoppugnato, la stazione appaltante disponeva, di conserva, la definitiva estromissione di C.M.E. s.r.l..

Con successivo provvedimento n. 350 in data 8 maggio 2020, in stretta e diretta esecuzione del provvedimento di esclusione, veniva disposto l'incameramento della polizza fideiussoria, rilasciata ai sensi dell'art. 93 d. lgs. n. 50/2016.

4.- Avverso tale ultima determinazione insorgeva, con ricorso dinanzi al TAR per la Campania – Salerno, C.M.E. s.p.a., sull'assunto che la violazione del regime di partecipazione alla gara e, segnatamente, la dichiarazione mendace dell'ausiliaria non le fosse direttamente imputabile, con conseguente insussistenza dei presupposti per l'escussione della garanzia.

Con sentenza n. 1678/2020, resa nel rituale contraddittorio delle parti, il TAR adito accoglieva il ricorso.

5.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, l'Agenzia per lo sviluppo del Sistema Territoriale della Valle del Sarno S.p.A. impugnava la decisione, di cui lamentava la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Nella resistenza di C.M.E. s.r.l., alla pubblica udienza del 23 settembre 2021, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.

Con unico mezzo, l'appellante lamenta *error in iudicando* per erronea applicazione dell'art. 89, comma 1 del d. lgs. n. 50/2016. A suo dire:

a) il primo giudice non avrebbe considerato che l'esclusione dell'appellante – alla quale quest'ultima aveva prestato acquiescenza – era stata disposta in violazione della *lex specialis* di gara che (al punto 15.6. lett. d) del disciplinare) prescriveva espressamente che “*il legale rappresentante dell'impresa ausiliaria attesta[sse] che quest'ultima non [avrebbe] partecipa[to] alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 45, del Codice*”;

- b) con ciò, il fondamento della sanzione espulsiva era ancorato al carattere mendace della dichiarazione resa dal Consorzio ausiliario, il quale aveva – in violazione del canone regolamentare, non meno che dell’impegno assunto – preso parte anche in proprio alla procedura evidenziale;
- c) di conseguenza, la sanzione accessoria della escussione della garanzia sarebbe frutto di un automatismo prefigurato dall’art. 89, comma 1 del *Codice*: il quale testualmente prevede, nel caso di dichiarazioni mendaci, la misura, congiunta e concorrente, della estromissione e della escussione, oltre alla segnalazione all’Autorità, per i distinti fini di cui all’art. 80, comma 12;
- d) a tal fine – contrariamente all’assunto del primo giudice – priva di rilevanza sarebbe la circostanza della anteriorità temporale della dichiarazione impegnativa resa dall’ausiliaria (in data 12.11.2019) rispetto alla domanda di partecipazione (formalizzata in data 13.11.2019: lungi dall’escludere, come diffusamente argomentato dalla sentenza, la prova del mendacio, la stessa – trattandosi non dichiarazione di scienza, ma di dichiarazione impegnativa – avrebbe acquisito la prova rilevanza giuridica (integrando il mendacio, in quanto obiettivamente difforme dalla realtà dei fatti) all’atto di presentazione della domanda di partecipazione;
- e) sotto distinto profilo, non avrebbe rilievo scriminante la non imputabilità alla concorrente ausiliata del mendacio dell’ausiliaria, a fronte dell’inequivoco tratto testuale del richiamato art. 89, comma 1, che scandisce l’automatismo della irrogazione della sanzione accessoria, a carico dell’offerente (a differenza delle distinte, ulteriori ed eventuali conseguenze di cui all’art. 80, comma 12, queste sì relative solo alla posizione del dichiarante).

2.- Il motivo, così come complessivamente articolato, non è fondato.

2.1.- Importa premettere, in termini generali, che il contratto di avvalimento, disciplinato dall’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, ed è un contratto tipico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2021, n. 7863), di natura onerosa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1074), con cui una parte (c.d. ausiliata) si avvale dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale

(di cui all'art. 83, comma primo, lett. b) e c) del *Codice*), prescritti dalla *lex specialis* per la partecipazione ad una determinata procedura, provenienti da un altro operatore economico (c.d. ausiliario), il quale si impegna a metterli a disposizione del richiedente per il tempo necessario.

Le parti contraenti devono essere in possesso dei requisiti di natura generale prescritti dall'art. 80 del *Codice* e, pertanto, sia l'ausiliaria che l'ausiliata sono obbligate a rendere le dichiarazioni in ordine al possesso dei summenzionati requisiti: in caso di dichiarazioni mendaci, l'art. 89, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, dispone che *“ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia”*.

2.2.- Il tenore testuale della norma evoca, *prima facie*, un automatismo espulsivo correlato all'accertamento del mendacio (ed accompagnato dalla – altrettanto automatica e pedissequa – escussione della garanzia in danno dell'ausiliata, nella qualità di *“concorrente”*).

Siffatto automatismo, peraltro, non si appalesa coerente, sul piano sistematico, con il successivo comma 3 dello stesso art. 89, il quale prevede – per l'ipotesi in cui, a carico dei *“soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi”*, non solo l'assenza dei requisiti, ma anche *“motivi obbligatori di esclusione”* (tra cui rientra, ai sensi dell'art. 80, comma 5 lettera *f-bis*, il mendacio) – l'attivazione della facoltà di sostituzione.

Si comprende, perciò, che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 3 giugno 2021, resa nella causa C-210/20, abbia statuito che *“l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera b), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento,*

abbia reso una dichiarazione non veritiera [nella specie: quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato], senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto” e che “[...] ancor prima di esigere da un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità intende fare affidamento, a motivo del fatto che quest'ultimo si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24, l'articolo 63 di tale direttiva presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice dia a tale offerente e/o a tale soggetto la possibilità di presentarle le misure correttive che esso ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, di dimostrare che esso può essere nuovamente considerato un soggetto affidabile [...] e solo in subordine, e se il soggetto al quale è opposta una causa di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24 non ha adottato alcuna misura correttiva, o se quelle che esso ha adottato sono ritenute insufficienti [...] dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può, o, se il suo diritto nazionale la obbliga, deve imporre all'offerente di procedere alla sostituzione di detto soggetto”.

Per tal via, la Corte ha dichiarato la contrarietà al diritto eurounitario del meccanismo espulsivo, per contrasto con il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, sulla decisiva considerazione che non necessariamente e non sempre l'operatore economico ausiliario sia a conoscenza delle irregolarità contestate all'ausiliaria.

2.3.- In applicazione della richiamata decisione, Cons. Stato, sez. III, 2 dicembre 2021, n. 1043 ha, da ultimo, disapplicato l'art. 89 comma 1 d.lgs. n. 50/2016, nella parte riferita alle dichiarazioni mendaci dell'impresa ausiliaria e all'automatico effetto espulsivo che ne deriva, non trovando la disposizione “marginale di possibile componimento con i principi prevalenti del diritto comunitario”: di tal che, in base alle consequenziali coordinate ermeneutiche, l'automatismo espulsivo deve essere disatteso in tutte le ipotesi in cui la falsità non fosse conoscibile dal concorrente, secondo il criterio di responsabilità richiesto agli operatori economici ed il ragionevole grado di diligenza professionale, dovendo, in tal caso, essere garantita la sostituzione dell'ausiliaria.

2.4.- Analoga soluzione si impone, allora, relativamente (non alla estromissione dalla gara, che si è consolidata per acquiescenza, non avendo la stessa interposto impugnazione avverso la relativa determinazione assunta dalla stazione appaltante, ma) alla sanzione accessoria della escussione della garanzia. Trattandosi, invero, di misura strettamente consequenziale alla espulsione, essa può essere irrogata solo nei casi in cui sia possibile dimostrare, in concreto, la piena conoscenza, o la agevole conoscibilità, del carattere mendace della dichiarazione resa dall'ausiliaria.

Nel caso di specie, tale dimostrazione non è stata fornita dalla stazione appaltante (che, in effetti, ha operato sulla scorta del postulato automatismo): all'incontro, emerge dalla disamina della vicenda procedimentale che l'impresa appellata ha presentato la propria domanda di partecipazione e le relative dichiarazioni ben prima di quelle dell'impresa ausiliaria (Consorzio Stabile Geco S.c. a r.l.), essendo, nell'oggettiva impossibilità di avere contezza dell'intenzione dell'ausiliaria stessa di prendere autonomamente parte alla procedura di selezione.

Del resto, non è secondario soggiungere che – mentre la dichiarazione che attesti *de praeterito* la circostanza di non aver preso parte ad una gara rappresenta una dichiarazione di *scienza* (per la quale è possibile postulare un apprezzamento di verità o, reciprocamente, di falsità) – la dichiarazione che impegni (*de praesenti* ovvero *pro futuro*) ad una condotta concreta, in sé, una dichiarazione di *volontà*: la quale, in sé, non può essere né vera né falsa. Cosicché, come in effetti correttamente ritenuto dal primo giudice, l'anteriorità temporale della dichiarazione impegnativa resa dall'ausiliaria non può essere imputata (in difetto di dimostrazione di una compartecipazione consapevole) alla ausiliata: il che esclude, per definizione, la legittimità, per quanto di odierno interesse, della escussione della garanzia.

3.- Le considerazioni che precedono militano per la complessiva reiezione dell'appello.

La novità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO